Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MELCHIOR WATHELET
apresentadas em 1 de julho de 2015 [1]

Processo C-357/14 P

Electrabel SA,
Dunamenti Erőmű Zrt
contra

Comissão Europeia

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Auxílios concedidos pelas autoridades húngaras a favor de certos produtores de eletricidade — Contratos de compra de eletricidade celebrados entre a empresa pública 'MVM' e certos produtores de eletricidade — Condições que colocam estes produtores numa situação economicamente favorável — Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado comum»

I – **Introdução**

1. A Electrabel SA (a seguir «Electrabel») e a Dunamenti Erőmű Zrt (a seguir «Dunamenti Erőmű») interpuseram o presente recurso do acórdão Dunamenti Erőmű/Comissão (T-179/09, EU:T:2014:236, a seguir «acórdão recorrido»), na medida em que este negou provimento ao recurso de anulação, interposto pela Dunamenti Erőmű, da Decisão 2009/609/CE da Comissão, de 4 de junho 2008, relativa ao Auxílio Estatal C 41/05 concedido pela Hungria através de contratos de aquisição de energia (a seguir «decisão impugnada») [2].

2. O presente processo reveste grande importância, uma vez que suscita três espinhosas questões. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça terá a oportunidade de esclarecer se, nos casos em que a medida suscetível de constituir tal auxílio tenha sido implementada antes da adesão do Estado-Membro em causa à União Europeia, a data de referência para examinar a existência de um auxílio estatal é a da concessão da medida ou a da adesão desse Estado-Membro à União. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça terá que decidir sobre a questão de saber se, caso se adote a data de adesão como data de referência, quaisquer elementos de facto anteriores a tal data devem ser excluídos da análise relativa à existência de um auxílio estatal. Em terceiro lugar, proporciona ao Tribunal de Justiça a oportunidade de definir a fronteira entre os seus acórdãos Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) e Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238).

1 — Língua original: francês.
2 — JO L 225, p. 53.

II – **Antecedentes e contexto atual do litígio**

3. A Dunamenti Erőmű é um produtor de eletricidade no mercado húngaro da eletricidade e explora uma central elétrica situada a cerca de 30 km a sul de Budapeste (Hungria). Trata-se de uma antiga empresa pública que foi privatizada no mês de dezembro de 1995. À data dos factos, era detida, em 74,82% pela Electrabel, fazendo presentemente parte de um grupo cuja sociedade-mãe é a GDF Suez SA, e em cerca de 25% pela Magyar Villamos Művek Zrt (a seguir «MVM»), uma empresa pública húngara ativa tanto na área da produção de eletricidade como na do comércio por grosso, da transmissão e da revenda de eletricidade no mercado húngaro.

4. Nos meses de março e de junho de 2014, o grupo GDF Suez vendeu a sua participação na Dunamenti Erőmű, que faz atualmente parte do grupo MET.

5. Em meados dos anos 90, os objetivos mais urgentes estabelecidos para o setor da energia húngaro eram os seguintes: garantir a segurança do abastecimento ao menor custo possível, modernizar a infraestrutura respeitando as normas de proteção ambiental em vigor e proceder à necessária restruturação do setor da distribuição de eletricidade. Porém, dado que as centrais eram, essencialmente, antigas centrais soviéticas, verificou-se que estes objetivos não podiam ser atingidos sem o apoio de investidores estrangeiros.

6. Foi assim que os contratos de aquisição de eletricidade a longo prazo (a seguir «CAE») foram propostos aos investidores estrangeiros que se comprometessem a investir na construção e na modernização das centrais elétricas húngaras, sendo a eletricidade adquirida pela MVM.

7. Os CAE permitiram à MVM criar uma carteira de produção equilibrada e respeitar, desse modo, a sua obrigação de garantir a segurança do abastecimento. Permitiam-lhe igualmente satisfazer tanto procura-as necessidades de carga de base (centrais a carvão e centrais nucleares) como procura-as necessidades de pico de carga (centrais a gás).

8. Os CAE obrigavam os produtores de eletricidade a manter e explorar devidamente as suas instalações de produção. Reservavam à MVM a totalidade ou a maior parte da capacidade de produção (MW) das centrais elétricas. Esta atribuição da capacidade era independente das taxas de utilização real da central elétrica. Para além das capacidades reservadas, a MVM era obrigada a comprar a cada central elétrica explorada no âmbito de um CAE uma quantidade mínima determinada de eletricidade (MWh).

9. Os CAE foram celebrados no âmbito da preparação da privatização das centrais elétricas e seguiam o mesmo modelo de contrato, redigido por um escritório de advogados internacional a pedido do Governo húngaro. Ao contrário da privatização das centrais elétricas, os CAE não foram objeto de um processo de adjudicação, mas é pacífico que os CAE assinados antes da privatização eram parte integrante do conjunto das medidas de privatização.

10. Em 10 de outubro de 1995, imediatamente antes da sua privatização, a Dunamenti Erőmű celebrou um CAE com a MVM, que respeitava às unidades «bloco F» e «bloco G2» da sua central elétrica. Este contrato, que entrou em vigor em 1996, devia manter-se até 2010 quanto às unidades «bloco F», que funcionavam a gás, e até 2015 quanto às unidades «bloco G2», com turbina a gás de ciclo combinado.

11. Dois meses após a celebração do CAE, a saber, em dezembro de 1995, a Electrabel comprou a Dunamenti Erőmű ao Estado húngaro, na sequência de um processo de adjudicação concorrencial e aberto.

12. Importa observar que, à data da assinatura dos CAE, o mercado húngaro da eletricidade não estava ainda liberalizado, e articulava-se em torno de um único comprador, a saber, a MVM. Com efeito, os produtores de eletricidade só podiam vender diretamente a energia à MVM e só esta tinha o direito de fornecer a eletricidade aos distribuidores regionais. Este regime vigorou entre 31 de dezembro de 1991 e 31 de dezembro de 2002.

13. No momento da adesão da Hungria à União, em 1 de maio de 2004, o mercado húngaro da eletricidade era composto por um setor de serviço público, que representava cerca de 70% da produção de eletricidade, e por um setor concorrencial, que representava cerca de 30% dessa produção. No primeiro setor, a MVM era o único grossista ao passo que, no segundo, atuavam outros operadores e a MVM só aí intervinha para escoar as quantidades excedentárias compradas no âmbito dos CAE e sem procura no setor público. Este novo regime entrou em vigor em 1 de janeiro de 2003 e foi abolido pela lei n.º LXXXVI de 2007, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2008.

14. Em 4 de maio de 2005, em conformidade com o Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo [108.° TFUE] [3], a Comissão registou oficiosamente, com a referência NN 49/2005, um processo de auxílio estatal relativo aos CAE.

15. Em 4 de junho de 2008, a Comissão adotou a decisão impugnada, tomando a data de adesão da Hungria à União, a saber, 1 de maio de 2004, como data de referência para apreciar se os CAE constituíam um auxílio estatal.

16. Através do artigo 1.º da decisão impugnada, a Comissão qualificou as obrigações de compra estabelecidas nos CAE como auxílio estatal a favor dos produtores de energia, na aceção do artigo 107.º TFUE, declarou-o incompatível com o mercado comum e ordenou à Hungria que o eliminasse no prazo de seis meses. O artigo 2.º impunha à Hungria que procedesse, junto dos beneficiários, à recuperação do auxílio de que tinham beneficiado a partir de 1 de maio de 2004.

17. Em 10 de novembro de 2008, o Parlamento húngaro adotou a lei n.º LXX de 2008, que pôs termo aos CAE a partir de 31 de dezembro de 2008.

18. Quanto ao cálculo e à recuperação do montante do auxílio junto dos beneficiários, o Governo húngaro decidiu instituir, quanto a três beneficiários dos CAE, entre os quais a Dunamenti Erőmű, um sistema de compensação dos custos ociosos, em conformidade com a Comunicação da Comissão relativa à metodologia de análise dos auxílios estatais ligados a custos ociosos (a seguir «Metodologia») [4].

3 — JO L 83, p. 1.

4 — O texto da Metodologia está disponível no sítio Internet da Comissão http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/stranded_costs_fr.pdf. A Diretiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade (JO L 27, p. 20) estabeleceu os princípios da abertura à concorrência do setor elétrico europeu. O seu artigo 24.º, n.º 1, dispunha que «[o]s Estados-Membros em que os compromissos ou garantias de funcionamento concedidos antes da entrada em vigor da presente diretiva não p[udesse]m ser cumpridos em virtude das disposições desta, pod[iam] solicitar a aplicação de um regime transitório». Segundo a Comissão, «[t]ais compromissos ou garantias de funcionamento são geralmente denominados 'custos ociosos' (*stranded costs*). Estes compromissos ou garantias de funcionamento podem assumir as seguintes formas: contratos de compra ou venda a longo prazo, investimentos efetuados com uma garantia implícita ou explícita de resultados, investimentos fora da atividade normal, etc.» (v. Metodologia, n.º 3). Todavia, um sistema de taxa instituído por um Estado-Membro através de um fundo para compensar os custos ociosos é suscetível de constituir um auxílio estatal e deve, consequentemente, respeitar os critérios estabelecidos pela Comissão nesta Metodologia bem como ser notificado à Comissão e ser por esta aprovado antes da sua implementação.

19. Nos termos deste sistema, que foi notificado à Comissão e por ela aprovado [5], os custos ociosos consistem na diferença entre os custos de investimento de cada um dos beneficiários e os seus lucros históricos de exploração (a contar da data de entrada em vigor dos CAE até à sua rescisão antecipada) e projetados (entre a data da rescisão antecipada e a data em que o contrato se devia extinguir nos termos do texto do CAE) [6].

20. Este sistema estabelecia uma compensação em duas fases [7]. Na primeira fase, os custos ociosos de cada beneficiário deviam ser deduzidos do montante do auxílio a reembolsar ao Estado húngaro. Se a diferença entre o auxílio a reembolsar e os custos ociosos fosse positiva, o beneficiário devia reembolsar esta diferença ao Estado. Caso contrário, o Estado húngaro não pagaria a diferença ao beneficiário [8].

21. A segunda fase deveria ter lugar na data em que expiraria o CAE de cada um dos beneficiários (no caso da Dunamenti Erőmű, 31 de dezembro de 2015), devendo nesse momento as autoridades húngaras recalcular os custos ociosos com base nos custos e rendimentos atuais. Na hipótese de os custos ociosos reais virem a ser inferiores ao montante do auxílio a recuperar, o beneficiário deverá reembolsar a diferença ao Estado húngaro. Na hipótese contrária, o Estado húngaro não pagará ao beneficiário do CAE o excedente dos custos ociosos definitivamente apurados.

22. Neste momento, os custos ociosos da Dunamenti Erőmű são estimados em 22 171 991 000 forints húngaros (HUF) (cerca de 73 milhões de euros).

23. Em 13 de junho de 2007, a Electrabel deu início a um processo arbitral contra a Hungria no Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimento (CIRDI), no qual a Comissão interveio como parte não litigante. A Electrabel alegava, nomeadamente, que, ao rescindir os CAE sem uma compensação integral dos custos ociosos, a Hungria tinha violado as garantias de tratamento justo e equitativo dos rendimentos, contidas no artigo 10.º do Tratado da Carta da Energia, de 17 de dezembro de 1994, ao qual aderiram o Reino da Bélgica, a Hungria e a União [9].

24. A Electrabel e a Hungria acordaram na separação («bifurcação») do processo entre a fase «competência e responsabilidade» e a fase de quantificação («quantum»).

25. Dado que o montante definitivo dos custos ociosos da Dunamenti Erőmű e da Electrabel só poderia ser calculado após 31 de dezembro de 2015, o Tribunal arbitral decidiu adiar até à fase processual do quantum a sua decisão sobre a questão de saber se o sistema de compensação dos custos ociosos estabelecido pela Hungria violava o artigo 10.º do Tratado da Carta da Energia [10]. Todavia, o Tribunal arbitral considerou que, na sua «opinião atual, provisória e preliminar […] o

5 — V. carta C(2010) 2532 final do Vice-Presidente da Comissão, J. Almunia, dirigida ao Ministro dos Negócios Estrangeiros húngaro, de 27 de abril de 2010, disponível apenas em língua inglesa no sítio Internet da Comissão (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/234326/234326_1114108_42_1.pdf).

6 — *Ibidem* (n.º 8).

7 — Para uma descrição pormenorizada, v. *ibidem* (n.ºs 10 a 24).

8 — V. artigo 5.º, n.ºs 1 e 3, da lei n.º LXX de 2008.

9 — Importa observar que, devido à opção da Electrabel de só dar início a este processo arbitral contra a Hungria e apenas relativamente aos seus atos e às suas omissões, a compatibilidade da decisão impugnada com o Tratado da Carta da Energia não foi objeto deste processo arbitral. V. *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19) Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, n.ºs 3.21, 4.11 e 6.76 (acessível no sítio Internet da Investment Treaty Arbitration http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf). Por outro lado, no seu recurso de anulação no Tribunal Geral, a Dunamenti Erőmű não contestou a validade da decisão impugnada à luz deste tratado. Daqui resulta que, em resultado das opções seguidas pela Electrabel e pela Dunamenti Erőmű, a decisão impugnada escapou completamente a uma fiscalização da legalidade à luz deste tratado.

10 — *Ibidem* (n.º 6.118).

não-pagamento, no termo do plano legislativo húngaro, de [22 171 991 000 HUF] ou de um montante inferior não parece constituir necessariamente uma violação da norma de [tratamento justo e equitativo]; mas o não-pagamento (em dinheiro ou de outro modo) de um montante nitidamente mais elevado de custos ociosos poderia constituir uma violação de tal norma» [11].

26. Não parece ter sido esta a abordagem do Tribunal arbitral que decidiu do processo arbitral intentado pela Électricité de France (EDF), acionista da Budapesti Erőmű, relativamente à rescisão de CAE, e condenou a Hungria a pagar 107 milhões de euros à EDF [12].

27. Independentemente do recurso de anulação (cujo não provimento pelo Tribunal Geral é objeto do presente recurso) interposto pela Dunamenti Erőmű e pela Electrabel da decisão impugnada, a Dunamenti Erőmű e a Electrabel intentaram no Tribunal Geral, em 10 de janeiro de 2014, uma ação de indemnização, com base no artigo 340.º, segundo parágrafo, TFUE, destinada a obter o ressarcimento dos danos pretensamente sofridos em consequência da decisão impugnada.

28. Em 13 de novembro de 2014, o Tribunal Geral julgou esta ação de indemnização inadmissível, por ter prescrito [13]. O despacho do Tribunal Geral foi objeto de recurso para o Tribunal de Justiça [14].

III – **Recurso para o Tribunal Geral e acórdão recorrido**

29. A decisão impugnada foi objeto de vários recursos de anulação interpostos no Tribunal Geral por cada um dos beneficiários dos CAE [15].

30. Através do seu recurso para o Tribunal Geral, a Dunamenti Erőmű pediu a anulação da decisão impugnada.

31. Com o seu primeiro fundamento, relativo à violação do conceito de «auxílio estatal», na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, e com o segundo fundamento, segundo o qual a Comissão devia ter qualificado as medidas em questão como «auxílio existente», na aceção do artigo 108.º, n.º 1, TFUE, a Dunamenti Erőmű contestava a constatação, pela Comissão, da existência de um auxílio estatal, a qualificação desse auxílio como «novo auxílio» bem como a data pertinente considerada para a avaliação do auxílio contido no CAE em causa. A Dunamenti Erőmű contestava a aplicação do critério do operador privado em economia de mercado e a posição da MVM, como interveniente no mercado, no momento da adesão da Hungria à União. A Dunamenti Erőmű invocava também a existência de uma violação do princípio da proteção da confiança legítima e do princípio da segurança jurídica bem como uma apreciação errada, por parte da Comissão, das especificidades do CAE em causa.

32. Com o seu terceiro fundamento, a Dunamenti Erőmű alegava que a Comissão tinha, incorretamente, considerado o auxílio contido no CAE em causa como um auxílio ao funcionamento e não como um auxílio ao investimento, e contestava o sistema de compensação dos custos ociosos estabelecido pelas autoridades húngaras.

11 — *Ibidem* (tradução minha): «It is therefore best, in all the circumstances, for the Tribunal to say little more here, save to express the Tribunal's current, provisional and tentative view that the non-payment of HUF 22,171,991[,000] or a lesser sum at the end of Hungary's legislative scheme does not strike the Tribunal as necessarily amounting to a breach of the FET standard; but that non-payment (in cash or otherwise) of a significantly higher sum for Net Stranded Costs most probably could».

12 — A sentença arbitral não foi publicada. V. artigo de Thomson, D., intitulado «EDF wins claim against Hungary», publicado em 11 de dezembro de 2014 no sítio Internet da Global Arbitration Review (http://globalarbitrationreview.com/news/article/33251/edf-wins-claim-against-hungary/).

13 — V. despacho Electrabel e Dunamenti Erőmű/Comissão (T-40/14, EU:T:2014:1004).

14 — V. processo Electrabel e Dunamenti Erőmű/Comissão (C-32/15 P), pendente no Tribunal de Justiça.

15 — V. despacho Alpiq Csepel/Comissão (T-370/08, EU:T:2011:116); acórdão Budapesti Erőmű/Comissão (T-80/06 e T-182/09, EU:T:2012:65); despacho Pannon Hőerőmű/Comissão (T-352/08, EU:T:2013:379); acórdãos Tisza Erőmű/Comissão (T-468/08, EU:T:2014:235); e Dunamenti Erőmű/Comissão (T-179/09, EU:T:2014:236).

33. Com o seu quarto fundamento, a Dunamenti Erőmű contestava a legalidade da ordem de recuperação do auxílio.

34. Através do acórdão recorrido, o Tribunal Geral negou provimento a esse recurso, na íntegra [16].

IV – **Tramitação processual no Tribunal de Justiça**

35. Através do presente recurso, apresentado no Tribunal de Justiça em 21 de julho de 2014, a Electrabel e a Dunamenti Erőmű pedem ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão recorrido, que profira uma decisão definitiva e que anule a decisão impugnada ou, a título subsidiário, que remeta o processo ao Tribunal Geral, e que condene a Comissão nas despesas do processo no Tribunal Geral e no Tribunal de Justiça.

36. Através da resposta apresentada em 4 de setembro de 2014, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que julgue o recurso inadmissível, na parte em que foi interposto pela Electrabel, que negue provimento ao recurso, na parte em que foi interposto pela Dunamenti Erőmű e que condene esta última nas despesas.

37. A Electrabel e a Dunamenti Erőmű apresentaram uma réplica em 20 de novembro de 2014, à qual a Comissão respondeu por tréplica apresentada em 25 de novembro de 2014.

38. Em 26 de março de 2015, o Tribunal de Justiça enviou às partes um pedido, nos termos do artigo 61.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, no sentido de, na audiência, se concentrarem no segundo e terceiro fundamentos e, nos termos do artigo 62.º, n.º 2, do mesmo Regulamento de Processo, submeteu-lhes duas questões, com vista a resposta na audiência.

39. Foi realizada uma audiência, em 20 de abril de 2015, em que foram apresentadas observações orais pela Electrabel, pela Dunamenti Erőmű e pela Comissão.

V – **O presente recurso**

40. Começarei a minha análise pela exceção de inadmissibilidade do presente recurso, suscitada pela Comissão, na medida em que o recurso é interposto pela Electrabel. Seguidamente, tratarei primeiro dos quarto, quinto e primeiro fundamentos que, em minha opinião, podem ser afastados sem particular dificuldade. Por fim, concentrar-me-ei nos segundo e terceiro fundamentos que, em minha opinião, poderiam levar o Tribunal de Justiça a anular o acórdão recorrido.

A – *Quanto à admissibilidade do presente recurso na parte em que é interposto pela Electrabel*

41. Na sua resposta, a Comissão contesta a admissibilidade do recurso na parte em que é interposto pela Electrabel, dado que só a Dunamenti Erőmű interpôs um recurso de anulação em primeira instância.

42. Na sua réplica, a Electrabel e a Dunamenti Erőmű contestam esta exceção de inadmissibilidade, explicando que, no momento da interposição do recurso de anulação, faziam parte do mesmo grupo de empresas e que os seus interesses económicos e jurídicos podiam ser defendidos por uma delas. Depois da venda da sua participação na Dunamenti Erőmű, a Electrabel devia ser admitida no processo de recurso no Tribunal de Justiça para poder defender os seus próprios interesses.

16 — Foi também negado provimento aos recursos de anulação interpostos pelos outros beneficiários. V. acórdãos do Tribunal Geral Budapesti Erőmű/Comissão (T-80/06 e T-182/09, EU:T:2012:65) e Tisza Erőmű/Comissão (T-468/08, EU:T:2014:235). Só o acórdão Dunamenti Erőmű/Comissão (T-179/09, EU:T:2014:236) foi objeto de recurso para o Tribunal de Justiça.

43. Em minha opinião, o recurso, na parte em que é interposto pela Electrabel, deve ser julgado inadmissível.

44. Em primeiro lugar, como a Comissão salienta, o artigo 56.º, segundo parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia prevê que um recurso de um acórdão do Tribunal Geral «pode ser interposto por qualquer das partes que tenha sido total ou parcialmente vencida», o que não é o caso da Electrabel, que não era parte no litígio no Tribunal Geral.

45. Em segundo lugar, a Electrabel também não faz parte das entidades privilegiadas que, nos termos do terceiro parágrafo do referido artigo, podem apresentar um recurso de um acórdão do Tribunal Geral sem terem intervindo no litígio neste último. Com efeito, esta disposição restringe este privilégio aos «Estados-Membros e [às] instituições da União», de que a Electrabel não faz parte.

46. Consequentemente, há que examinar o presente recurso como se tivesse sido interposto apenas pela Dunamenti Erőmű.

B – *Quanto ao quarto fundamento, segundo o qual o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao considerar, sem demonstrar a existência de um risco estrutural, que a obrigação que recaía sobre a MVM de comprar uma quantidade mínima constituía uma vantagem*

47. Através do seu quarto fundamento, a Dunamenti Erőmű alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito e violou a sua obrigação de fiscalização jurisdicional ao considerar, sem demonstrar que existia realmente um risco estrutural, que a obrigação que recaía sobre a MVM de comprar uma quantidade mínima constituía uma vantagem, dado que o Tribunal Geral reconheceu no n.º 112 do acórdão recorrido que a MVM tinha comprado regularmente quantidades superiores às que estava vinculada por força dessa obrigação.

1. Quanto à admissibilidade

48. Segundo a Comissão, este fundamento é inadmissível porque a Dunamenti Erőmű não indica a parte do acórdão recorrido que enferma de um erro de direito.

49. Em minha opinião, este argumento não pode ser acolhido dado que, na medida em que o argumento da Dunamenti Erőmű consiste em criticar o Tribunal Geral por não ter demonstrado a existência de um risco estrutural, não pode ser censurada por não ter identificado partes especificas do acórdão recorrido que deviam conter o erro de direito.

2. Quanto ao mérito

50. Segundo a Comissão, o Tribunal Geral apresentou, em cada um dos n.os 112, 113 e 114 do acórdão recorrido, uma razão independente para rejeitar o argumento segundo o qual a circunstância de a MVM, desde 2004, ter regularmente comprado à Dunamenti Erőmű mais eletricidade do que a quantidade a que estava obrigada demonstrava que a Dunamenti Erőmű não tinha podido retirar uma vantagem dessa obrigação.

51. Dado que a Dunamenti Erőmű não contesta os n.os 113 e 114 do acórdão recorrido, a Comissão observa que a Dunamenti Erőmű também não questiona a constatação feita no referido n.º 112, segundo a qual a obrigação de compra de uma quantidade mínima ultrapassava as práticas comerciais habituais nos mercados europeus da energia, tendo esse elemento servido de base para considerar que o CAE lhe conferia uma vantagem.

52. Nem na sua réplica, nem na audiência, a Dunamenti Erőmű contestou a análise da Comissão, que considero fundada.

53. Consequentemente, o quarto fundamento deve ser julgado improcedente.

C – *Quanto ao quinto fundamento, segundo o qual o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao confirmar a metodologia adotada pela Comissão para o cálculo do montante do auxílio*

54. Através do seu quinto fundamento, relativo ao método de cálculo do montante do auxílio, a Dunamenti Erőmű alega que a circunstância de examinar, nos n.os 185 a 192 do acórdão recorrido, as suas receitas e não os seus lucros, não permite obter uma imagem exata da vantagem que pretensamente decorre do CAE, dado que as receitas para cobrir as despesas adicionais com combustíveis são qualificadas como uma vantagem que deve ser reembolsada.

55. Há que examinar, portanto, se o Tribunal Geral tinha razão ao confirmar a abordagem da Comissão, que consistia em quantificar o montante do auxílio a recuperar com base nas receitas e não nos lucros.

56. Em minha opinião, este fundamento não poder ser acolhido, pelas razões expostas pelo Tribunal Geral nos n.os 187 e 188 do acórdão recorrido. A Dunamenti Erőmű não contesta que a recuperação do auxílio tem como objetivo fazer com que o respetivo beneficiário perca a vantagem de que gozou no mercado em relação aos seus concorrentes[17]. A vantagem a recuperar deve, portanto, ser quantificada por referência aos montantes pagos ao beneficiário. A este respeito, como a Comissão afirma, o Tribunal Geral agiu corretamente ao adotar uma abordagem baseada no que foi pago pela MVM à Dunamenti Erőmű (ou seja, as receitas desta) e não nos lucros por esta realizados.

57. De qualquer modo, como a Comissão observa, um método de recuperação baseado nos lucros, por oposição a um método baseado nas receitas, geraria resultados absurdos que retirariam qualquer efeito útil à regulamentação relativa aos auxílios estatais. Levando ao extremo a lógica da Dunamenti Erőmű, quando uma empresa vende os seus produtos ou serviços a preços imbatíveis, devido a subsídios estatais, não haverá, todavia, nenhum auxílio estatal, dado que ela aumenta apenas as suas receitas e não os seus lucros. Ora, as regras em matéria de auxílios estatais visam precisamente controlar este tipo de distorção da concorrência.

58. Também não merece acolhimento o argumento da Dunamenti Erőmű baseado no acórdão Ferring (C-53/00, EU:C:2001:627), segundo o qual, nos n.os 30 a 33 deste acórdão, o Tribunal de Justiça estabeleceu o princípio de que, se a medida de auxílio implicar simultaneamente vantagens suplementares e custos adicionais, é a diferença entre essas vantagens suplementares e esses custos adicionais que deve ser recuperada.

59. Neste acórdão, que respeitava à vantagem que os grossistas-distribuidores retiravam da não sujeição ao imposto sobre as vendas diretas de medicamentos, que excedia os custos adicionais que suportavam para o cumprimento de obrigações de serviço público, o Tribunal de Justiça decidiu do seguinte modo:

«32. […] se se verificar que os grossistas-distribuidores retiram da não sujeição ao imposto sobre as vendas diretas de medicamentos uma vantagem que excede os custos adicionais que suportam para cumprimento de obrigações de serviço público que lhes são impostas pela regulamentação nacional, esta vantagem, na parte em que excede os referidos custos adicionais, não pode, no entanto, ser considerada necessária para permitir a estes operadores o cumprimento da sua missão particular.

17 — V., nomeadamente, acórdão Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, n.º 113).

33. Consequentemente, deve responder-se que o artigo [106.°], n.º 2, do Tratado [FUE] deve ser interpretado no sentido de que não cobre um benefício fiscal concedido a empresas encarregadas da gestão de um serviço público como as que estão em causa no processo principal, na medida em que este benefício exceda os custos adicionais do serviço público.»

60. É manifesto, portanto, que, embora o montante do subsídio estatal que excede os custos adicionais do serviço público constitua um auxílio contrário ao artigo 107.º TFUE, que deve ser recuperado, este princípio só é aplicável no caso de o beneficiário ser abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 106.º, n.º 2, TFUE, a saber, quanto estiver encarregado da gestão de serviços de interesse económico geral ou tiver a natureza de monopólio fiscal, o que não é o caso da Dunamenti Erőmű.

61. Por estas razões, o quinto fundamento deve ser julgado improcedente.

D – *Quanto ao primeiro fundamento, segundo o qual o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao qualificar o CAE em causa como novo auxílio sem ter previamente determinado se este CAE constituía um auxílio estatal*

62. Através do seu primeiro fundamento, a Dunamenti Erőmű alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito, no n.º 60 do acórdão recorrido, ao qualificar o CAE em causa como «novo auxílio estatal», na aceção do Anexo IV do Ato de Adesão da Hungria, sem ter verificado previamente se estavam preenchidas as quatro condições de existência de um auxílio estatal. A este respeito, a Dunamenti Erőmű critica o Tribunal Geral pela sua fundamentação insuficiente e circular.

63. Em minha opinião, o primeiro fundamento não pode proceder.

64. Como o Tribunal de Justiça já declarou, «o Tribunal Geral é livre de estruturar e de desenvolver o seu raciocínio pelo modo que considerar necessário para responder aos fundamentos que lhe são presentes. Consequentemente, a estrutura e o desenvolvimento da resposta escolhidos pelo Tribunal Geral não podem ser colocados em causa no âmbito de um recurso de uma decisão sua, através de alegações que tentem demonstrar que o Tribunal Geral devia ter orientado o seu raciocínio em conformidade com as expectativas de um recorrente» [18].

65. No caso em apreço, embora o Tribunal Geral tenha começado por se pronunciar, com efeito, sobre a natureza existente ou nova do auxílio em causa (n.ºs 49 a 60 do acórdão recorrido) antes de decidir se o CAE constituía um auxílio estatal (n.ºs 74 a 98 e 110 a 121 do acórdão recorrido), não considero que esta configuração da fundamentação tenha tido incidência sobre o raciocínio do Tribunal Geral.

66. Em qualquer caso, como a Comissão afirma, o Tribunal Geral examinou e julgou improcedentes todos os argumentos invocados pela Dunamenti Erőmű no âmbito dos seus primeiro e segundo fundamentos.

67. Partilho também da constatação da Comissão, segundo a qual a conclusão do Tribunal Geral de que o CAE em causa constituía um auxílio estatal não dependia da sua conclusão prévia sobre o caráter novo do auxílio em causa. Consequentemente, o raciocínio do Tribunal Geral não foi, de modo algum, circular.

68. Por estas razões, o primeiro fundamento deve ser julgado improcedente.

18 — Acórdão British Telecommunications/Comissão (C-620/13 P, EU:C:2014:2309, n.º 29).

E – *Quanto ao segundo fundamento, segundo o qual o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao considerar que os quatro critérios que permitem qualificar uma medida como auxílio estatal deviam ser examinados à data da adesão da Hungria à União*

69. Através do seu segundo fundamento, a Dunamenti Erőmű alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao tomar a data de adesão da Hungria à União, ou seja, 1 de maio de 2004, como data de referência para determinar se o CAE constituía um auxílio estatal, como a Comissão sustentava nos considerandos 156 a 173 da decisão impugnada.

70. Através da primeira parte deste fundamento, a Dunamenti Erőmű afirma que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito nos n.os 55 e 65 do acórdão recorrido dado que, contrariamente às conclusões aí formuladas, nenhuma disposição do Anexo IV do Ato de Adesão permite determinar, nem diretamente nem por dedução, a data em que uma medida estatal deve ser examinada como auxílio estatal.

71. Através da segunda parte deste fundamento, a Dunamenti Erőmű alega que o raciocínio seguido pelo Tribunal Geral para fundamentar a sua escolha da data de referência para a determinação da existência de um auxílio (nomeadamente a existência de uma vantagem para o beneficiário à luz do critério do investidor privado em economia de mercado) é contrário à «prática jurídica», a saber, às orientações e à prática decisória da Comissão bem como à jurisprudência dos órgãos jurisdicionais da União.

1. Quanto à primeira parte

72. Como o Tribunal Geral observou no n.º 50 do acórdão Budapesti Erőmű/Comissão (T-80/06 e T-182/09, EU:T:2012:65), «as medidas estatais em execução antes da adesão mas que, por um lado, continuam a ser aplicáveis depois dela e que, por outro, na data da adesão, cumprem os quatro critérios cumulativos do artigo [107.°], n.º 1, [TFUE], estão sujeitas às regras específicas estabelecidas no anexo IV do Ato de Adesão, quer como auxílios existentes na aceção do artigo [108.°], n.º 1, [TFUE], quando pertençam a uma das três categorias mencionadas nesse anexo, quer como novos auxílios à data da adesão, para efeitos da aplicação do artigo [108.°], n.º 3, [TFUE], quando não pertençam a nenhuma dessas três categorias».

73. O artigo 1.º do título III, sob a epígrafe «Política de concorrência», do Anexo IV do Ato de Adesão dispõe o seguinte:

«1. Os regimes de auxílio e os auxílios individuais a seguir indicados em execução num novo Estado-Membro antes da data da adesão e que continuem a ser aplicáveis depois dessa data devem ser considerados, no momento da adesão, auxílios existentes na aceção do n.º 1 do artigo [108.°] do [TFUE]:

a) Medidas de auxílio em execução antes de 10 de dezembro de 1994;

b) Medidas de auxílio enumeradas no Apêndice ao presente Anexo;

c) Medidas de auxílio que, antes da data da adesão, tenham sido avaliadas pela autoridade de controlo dos auxílios estatais do novo Estado-Membro e consideradas compatíveis com o acervo, e às quais a Comissão não tenha levantado objeções motivadas por sérias dúvidas quanto à compatibilidade das medidas com o mercado comum, nos termos do n.º 2.

Todas as medidas ainda aplicáveis após a data da adesão que constituam um auxílio estatal e não preencham as condições acima enunciadas são consideradas novos auxílios no momento da adesão, para efeitos do n.º 3 do artigo [108.°] do [TFUE].

[…]»

74. A Dunamenti Erőmű considera que esta disposição não indica a data em que uma medida estatal deve ser examinada à luz das regras relativas aos auxílios estatais. Respeitava apenas à questão de saber se uma medida que seja ainda aplicável no momento da adesão (que, em sentido comum, «existe» nesse momento) deve ser considerada um auxílio existente ou novo, à luz do Ato de Adesão. Logo, segundo a Dunamenti Erőmű, uma medida que não constituía um auxílio no momento da sua concessão não seria abrangida pelo âmbito de aplicação desta disposição. Consequentemente, considera que o Tribunal Geral devia ter tomado como data de referência a data da concessão do CAE, em dezembro de 1995.

75. Não partilho desta análise que, em minha opinião, confunde a definição dada ao termo «existente» no Ato de Adesão com o sentido comum deste termo. Com efeito, um auxílio existente neste último sentido, como o CAE que já tinha sido concedido no momento da sua apreciação pela Comissão, pode constituir um novo auxílio na aceção do Ato de Adesão, apenas pelo facto de não se inserir na definição de «auxílio existente» dada pelo Ato de Adesão.

76. Remeto para os n.os 60 a 64 do acórdão OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185), que respeitava à mesma disposição deste Ato de Adesão aplicável a uma garantia concedida pelo Estado húngaro em 2001, a saber, três anos antes da sua adesão à União. Uma vez que a garantia em questão não preenchia nenhuma das três condições enumeradas no Anexo IV, ponto 3, o Tribunal de Justiça declarou que «[devia] ser considerada, eventualmente, como um auxílio novo» [19].

77. De igual modo, no caso em apreço, como o Tribunal Geral declarou no n.º 59 do acórdão recorrido, o CAE em causa não se inscreve em nenhuma das categorias de auxílio consideradas existentes no artigo 1.º, n.º 1, do título III do Anexo IV do Ato de Adesão. O CAE não estava em execução antes de 10 de dezembro de 1994, não era referido no Apêndice ao Anexo em causa e não tinha sido avaliado pela autoridade húngara de controlo dos auxílios estatais antes da data de adesão e considerado compatível com o acervo sem objeções por parte da Comissão.

78. Além disso, caso se tomasse em consideração uma data anterior, como a da concessão do CAE em causa, seria desrespeitada a vontade dos redatores do Ato de Adesão que, como o Tribunal Geral declarou no n.º 60 do acórdão recorrido [20], pretendiam afastar-se da jurisprudência anterior dos órgãos jurisdicionais da União segundo a qual «constituem auxílios existentes os auxílios instituídos antes da entrada em vigor do Tratado ou da adesão do Estado-Membro em causa [à União]» [21].

79. Em qualquer caso, como o Tribunal Geral declarou no n.º 65 do acórdão recorrido, «a própria letra do Anexo IV do Ato de Adesão aponta claramente no sentido de que uma medida que não tenha sido considerada um auxílio estatal, quando foi instituída, pode posteriormente vir a sê-lo» [22].

19 — Acórdão OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185, n.º 64). Importa, a este respeito, salientar a conclusão do Tribunal arbitral, que considerou que a Electrabel não tinha apresentado as provas necessárias para sustentar o seu argumento segundo o qual a Hungria tinha violado as obrigações que lhe eram impostas pelo artigo 10.º do Tratado da Carta da Energia, ao não fazer o necessário para incluir os CAE na definição de «auxílio existente», na aceção do Anexo IV. V., neste sentido, *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19) Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, n.º 6.66.

20 — V. também, neste sentido, acórdão Budapesti Erőmű/Comissão (T-80/06 e T-182/09, EU:T:2012:65, n.º 60).

21 — Acórdão Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100, n.º 19). V. também, neste sentido, acórdãos Piaggio (C-295/97, EU:C:1999:313, n.º 48), e Alzetta e o./Comissão (T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 e T-23/98, EU:T:2000:151, n.º 142).

22 — V. também, neste sentido, acórdão Budapesti Erőmű/Comissão (T-80/06 e T-182/09, EU:T:2012:65, n.º 54).

80. Com efeito, como a Comissão indica no considerando 165 da decisão impugnada, «os CAE, assinados em condições económicas substancialmente diferentes (conforme reconhecido pelas partes interessadas) antes da adesão ao mercado interno liberalizado da energia, [podiam] […] passar a ser classificados como auxílios estatais, de acordo com as novas condições económicas e jurídicas [resultantes da adesão à União]».

81. Como o Tribunal Geral declarou no n.º 58 do seu acórdão Budapesti Erőmű/Comissão (T-80/06 e T-182/09, EU:T:2012:65), «após a entrada em vigor dos CAE, a Hungria, primeiro por sua própria iniciativa e depois através da transposição da legislação da União aplicável ao mercado interno da eletricidade, alterou consideravelmente o quadro jurídico em que os produtores de eletricidade exerciam a sua atividade».

82. Incumbia, portanto, à Comissão e, seguidamente, ao Tribunal Geral no âmbito do recurso de anulação, examinar se os CAE, no momento da adesão da Hungria à União e no âmbito de um mercado liberalizado da eletricidade, constituíam um auxílio estatal e, se assim fosse, se se tratava de um novo auxílio ou de um auxílio existente, na aceção do Anexo IV do Ato de Adesão.

83. Consequentemente, se o CAE for um auxílio, não há qualquer dúvida de que constitui então um novo auxílio, na aceção do Ato de Adesão.

2. Quanto à segunda parte

84. No que respeita aos argumentos da Dunamenti Erőmű baseados na «prática jurídica» da Comissão e das instituições da União, recordo que, como a Comissão salienta, o Tribunal de Justiça já determinou a data de adesão como data de referência.

85. Com efeito, como o Tribunal de Justiça já declarou relativamente à disposição do Anexo V do Ato de Adesão da Bulgária (que corresponde ao artigo 1.º do Título III do Anexo IV do Ato de Adesão da Hungria), «as medidas em execução antes dessa adesão, mas que, por um lado, continuam a ser aplicáveis depois dela e que, por outro, *na data da adesão*, cumprem os critérios cumulativos do artigo [107.º], n.º 1, [TFUE], estão sujeitas às regras específicas que constam do anexo V do ato de adesão, quer como auxílios existentes na aceção do artigo [108.º], n.º 1, [TFUE], quando pertençam a uma das três categorias mencionadas nesse anexo, quer como novos auxílios à data da adesão, para efeitos da aplicação do artigo [108.º], n.º 3, [TFUE], quando não pertençam a nenhuma dessas três categorias» [23].

86. Em minha opinião, resulta desta jurisprudência que a Comissão e o Tribunal Geral aplicaram corretamente ao caso em apreço as regras previstas no Anexo do Ato de Adesão da Hungria à União.

87. Em qualquer caso, como a Comissão sublinha, nenhum dos acórdãos do Tribunal Geral e do Tribunal de Justiça citados pela Dunamenti Erőmű [24] respeita a medidas adotadas por um Estado-Membro antes da sua adesão à União e que continuam a ser aplicáveis depois dela. Dado que a questão do respeito dos limites temporais das competências da União não se colocava nesses processos, não é de estranhar que os órgãos jurisdicionais da União tenham declarado que a existência do auxílio devia ser apreciada no momento da sua concessão.

23 — V. acórdão Kremikovtzi (C-262/11, EU:C:2012:760, n.º 52). O sublinhado é meu. V. também, neste sentido, acórdão Rousse Industry/Comissão (T-489/11, EU:T:2013:144, n.ºs 61 a 64, 66 e 67).

24 — V. acórdãos França/Comissão (C-482/99, EU:C:2002:294, n.ºs 71 e 76 a 83); Comissão/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, n.º 104); Cityflyer Express/Comissão (T-16/96, EU:T:1998:78, n.º 76), acórdão Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão (T-228/99 e T-233/99, EU:T:2003:57, n.º 246); e Países Baixos/Comissão (T-29/10 e T-33/10, EU:T:2012:98, n.º 78).

88. Quanto à prática da Comissão, que consistia [25] em analisar uma medida de auxílio concedida antes da adesão de um Estado-Membro tomando também em consideração elementos anteriores à adesão, há que salientar que as decisões da Comissão citadas pela Dunamenti Erőmű [26] não corroboram a tese da Dunamenti Erőmű segundo a qual a data de referência devia ser a da concessão do auxílio em causa.

89. No que respeita, antes de mais, à Decisão 2008/214 da Comissão no processo GE Capital Bank, a medida de auxílio em causa consistia em garantidas e promessas de indemnização bem como numa opção de venda, concedidas pelo Estado checo no âmbito da restruturação e da privatização do banco AGB.

90. Embora estas medidas tivessem sido concedidas antes da adesão da República Checa à União, continuavam a ser «aplicáveis depois da adesão» [27], no sentido de que os beneficiários podiam ainda delas beneficiar após a adesão. A data de referência tomada pela Comissão foi portanto, de facto, a da adesão.

91. A medida de auxílio em causa na Decisão 2009/174 da Comissão, no processo Postabank, consistia numa indemnização por dívidas desconhecidas concedida pelo Estado húngaro no âmbito da restruturação e da privatização do Postabank em benefício do seu comprador, Erste Bank.

92. Como a Comissão considerou no n.º 47 da sua decisão, tratava-se de uma medida ainda aplicável após a adesão que devia, como no caso em apreço, ser considerada um novo auxílio, na aceção do referido Ato de Adesão.

93. É também esse o caso da Decisão 2010/690 da Comissão no processo PZL Hydral que, no âmbito de um plano de medidas de emergência desta sociedade, respeitava, entre outras medidas de auxílio, à não-execução de dívidas aos credores públicos da PZL Hydral, quanto ao período de 1998 a 2007.

94. Apesar de os créditos não executados se terem vencido antes da adesão da República da Polónia União, mas continuarem exigíveis após a adesão, esta medida fazia parte de um plano de medidas de emergência executado em 2007, a saber, três anos após a adesão. Daqui resulta que a data de referência deste processo era também a da adesão da República da Polónia à União e não a da concessão do auxílio em causa.

95. Importa observar que, em todas estas decisões, a Comissão tomou em conta elementos anteriores à adesão, sendo criticada pela Dunamenti Erőmű por não o ter feito no seu caso. Porém, trata-se aqui de saber se, em casos como o que ora está em apreço, a Comissão deve, ao aplicar o critério do investidor privado, tomar em conta factos anteriores à adesão, tais como a privatização e os seus objetivos, bem como o nexo intrínseco entre esta e os CAE. Esta questão (à qual voltarei no âmbito do terceiro fundamento) é diferente da de saber qual é a data de referência para decidir se uma medida estatal deve ser qualificada como auxílio estatal.

96. Por estas razões, o segundo fundamento deve ser julgado improcedente.

25 — O que é algo paradoxal, quando se lê a tese da Comissão no presente processo (v. a minha análise da terceira parte do terceiro fundamento nos n.os 125 a 127 das presentes conclusões).

26 — Trata-se das decisões 2008/214/CE, de 18 de julho de 2007, relativa ao Auxílio estatal C 27/2004 que a República Checa concedeu ao GE Capital Bank a.s. e à GE Capital International Holdings Corporation, EUA (JO L 67, p. 3); 2009/174/CE, de 21 de outubro de 2008, relativa ao auxílio estatal C 35/04 concedido pela Hungria a favor do Postabank és Takarékpénztár Rt./Erste Bank Hungary Nyrt. (JO L 62, p. 14); e 2010/690/UE, de 4 de agosto de 2010, relativa ao auxílio estatal C 40/08 (ex N 163/08) concedido pela Polónia à PZL Hydral S.A. (JO L 298, p. 51).

27 — Decisão 2008/214/CE, n.º 58.

F – *Quanto ao terceiro fundamento, segundo o qual o Tribunal Geral cometeu erros de direito ao considerar que o CAE em causa conferia uma vantagem à Dunamenti Erőmű, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE*

97. Através do seu terceiro fundamento, a Dunamenti Erőmű alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito nos n.os 67 a 70 do acórdão recorrido, por ter excluído a privatização da Dunamenti Erőmű da sua apreciação da existência de um auxílio, por ter escolhido o dia 1 de maio de 2004 como data de referência. Segundo a Dunamenti Erőmű, a análise que permitiria determinar se o CAE em questão constituía um auxílio estatal não podia legalmente ser feita sem tomar em conta a privatização e o seu contexto, dado que o CAE era uma medida prévia à privatização e, desse modo, fazia parte integrante do conjunto das medidas de privatização.

98. Seguidamente, nos n.os 49 a 66 do seu recurso, a Dunamenti Erőmű apresenta três argumentos para demonstrar que, se as circunstâncias da privatização tivessem sido tomadas em conta pelo Tribunal Geral, este teria declarado que o CAE não constituía uma vantagem ou que, em qualquer caso, a Dunamenti Erőmű não tinha conservado a vantagem.

99. Em primeiro lugar, a MVM tinha agido como um investidor privado que tentava maximizar o lucro gerado pela venda da Dunamenti Erőmű (n.os 49 a 54 do recurso).

100. Em segundo lugar, ainda que o CAE tivesse comportado uma vantagem, a aquisição da Dunamenti Erőmű pela Electrabel, no termo do processo de concurso, compensou a alegada vantagem (n.os 55 a 62 do recurso).

101. Em terceiro lugar, a adesão da Hungria não alterou o nexo entre o CAE e a privatização da Dunamenti Erőmű e não teve qualquer incidência sobre a circunstância de o CAE não conferir qualquer vantagem à Dunamenti Erőmű (n.os 63 a 67 do recurso, conjugados com os seus n.os 41 a 62).

1. Quanto à admissibilidade

102. Na opinião da Comissão, o terceiro fundamento respeita a uma questão de facto e é, portanto, inadmissível. Tendo corretamente considerado a data de adesão da Hungria à União como data de referência para demonstrar a existência de um auxílio, o Tribunal Geral declarou corretamente, nos n.os 68 a 70 do acórdão recorrido, que a determinação da existência de uma vantagem conferida pelo CAE à Dunamenti Erőmű devia depender unicamente desta data e da evolução da situação previsível nessa mesma data.

103. Não partilho desta posição da Comissão que, em minha opinião, assenta numa leitura incorreta do recurso. Com efeito, este fundamento não respeita à questão de saber quais os elementos que podiam ser associados ao período iniciado a 1 de maio de 2004, mas sim à questão de saber se, sendo o dia 1 de maio de 2004 a data de referência, o Tribunal Geral podia corretamente excluir certos elementos da sua apreciação, nomeadamente o nexo intrínseco entre a privatização e o CAE em causa, simplesmente por serem anteriores a tal data.

2. Quanto ao mérito

a) Quanto à terceira parte, relativa à recusa do Tribunal Geral de tomar em conta, na fiscalização da decisão impugnada quanto à questão da existência de um auxílio, as circunstâncias da privatização da Dunamenti Erőmű, por serem anteriores à data de adesão

104. Através do terceiro fundamento, a Dunamenti Erőmű alega que, nos n.os 68 a 70 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral declarou incorretamente que os seus argumentos, indicados no n.º 67 do acórdão recorrido, «que se baseiam, essencialmente, nas circunstâncias da privatização realizada em meados dos anos 90, devem ser julgados improcedentes relativamente ao período pertinente para a avaliação dos CAE, que começa a partir de 1 de maio de 2004» [28].

105. Há que observar desde já que nem a Comissão nem o Tribunal Geral contestaram o nexo intrínseco entre a concessão do CAE à Dunamenti Erőmű e a sua privatização. Com efeito, a Comissão reconheceu, no considerando 174 da decisão impugnada, que «a maioria dos produtores de eletricidade reconheceu […] que não teriam podido investir nas centrais sem as garantias oferecidas pelos CAE», tendo um destes produtores sustentado que «os CAE [eram] um elemento importante para os bancos concordarem em financiar o investimento e em pré-financiar os custos operacionais numa base contínua».

106. No considerando 186 da decisão impugnada, a Comissão indica que «nas circunstâncias do mercado húngaro em meados dos anos 90, o princípio que regia os CAE, nomeadamente a garantia de rendibilidade dos investimentos, era uma condição determinante para a realização dos investimentos necessários».

107. Como já expliquei nos n.os 5 a 11 das presentes conclusões, é manifesto que a concessão do CAE às centrais elétricas e a privatização faziam parte da mesma operação e que não é possível examinar uma sem tomar em conta a outra.

108. A Dunamenti Erőmű critica, portanto, o Tribunal Geral por ter confirmado a abordagem da Comissão que consiste, por um lado, em reconhecer que, no contexto da privatização, o CAE era uma «condição determinante» da venda rentável ou «em condições de mercado» da Dunamenti Erőmű e, por outro, em ignorar completamente esta «condição determinante» ao proceder à própria avaliação do CAE à luz das normas sobres os auxílios estatais e por ter, assim, aplicado incorretamente o critério do investidor privado.

109. Segundo a Comissão, esta argumentação deve ser julgada improcedente se o Tribunal Geral pudesse constatar que a data de referência pertinente era a da adesão da Hungria à União, caso em que não seria pertinente tomar em conta operações que datavam de quase uma década antes dessa data.

110. Segundo as observações da Comissão na audiência, «o que se passa no Estado-Membro antes da sua adesão à União é, para ser muito direto, uma questão indiferente do ponto de vista do regime dos auxílios estatais, salvo se transbordar para o mercado interno após a adesão» [29]. Segundo a Comissão, a exclusão de qualquer elemento de facto anterior à data da adesão, sobretudo se respeitar aos objetivos prosseguidos pela MVM no momento da privatização de 1995, é uma opção imposta pelo Ato de Adesão e pela vontade dos seus redatores, que devem ser respeitados.

28 — N.º 68.

29 — A tradução é minha («It is a matter of indifference, to be quite brutal, as to what happens in the acceding Member State in the period prior to accession from the point of view of the State aid discipline, unless it spills over into the internal market after the accession has taken place»).

111. Não partilho desta posição da Comissão.

112. Em minha opinião, a utilidade da data de adesão como data de referência é, antes de mais, identificar o momento em que há que verificar se a medida suscetível de ser um auxílio estatal é ou não ainda aplicável. Se já não o for, já não poderá ser objeto de uma análise por parte da Comissão nos termos das normas sobre os auxílios estatais [30].

113. Se, como no caso em apreço, a medida em questão continuar a ser aplicável no momento da adesão, a data de referência serve também para identificar o momento em que se deve apreciar se constituía um auxílio estatal, sabendo que uma medida que não seja um auxílio estatal no momento da sua concessão pode vir a sê-lo mais tarde, quando ocorra uma alteração na estrutura do mercado em questão [31].

114. Em contrapartida, a tomada da data de adesão como data de referência não exclui, por si só e automaticamente, como o Tribunal Geral declarou nos n.os 68 a 70 do acórdão recorrido, que se tomem em conta elementos anteriores a esta data que sejam pertinentes para a correta aplicação do critério do investidor privado.

115. De resto, o Tribunal de Justiça salientou, embora fora do âmbito específico de uma adesão, a importância de uma apreciação global de todos os factos pertinentes ao aplicar o critério do investidor privado. Assim, no n.º 86 do seu acórdão Comissão/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), o Tribunal de Justiça declarou que «cabe [à Comissão] efetuar uma *apreciação global*, tendo em conta, para além dos elementos fornecidos por esse Estado-Membro, qualquer outro elemento pertinente que, no caso em concreto, lhe permita determinar se a medida em causa decorre da qualidade de acionista ou da de poder público do referido Estado-Membro. Em especial, *a este respeito podem ser relevantes* […] a natureza e o objeto dessa medida, *o contexto em que se insere, bem como o objetivo prosseguido* e as regras às quais a referida medida está sujeita» [32].

116. O Tribunal de Justiça acrescentou seguidamente, nos n.os 104 e 105 deste acórdão, que «[a Comissão] só [podia] recusar-se a examinar essas informações se os elementos de prova apresentados [tivessem] sido elaborados *depois* da adoção da decisão de efetuar o investimento em questão» e que «só os elementos disponíveis e as evoluções previsíveis no momento em que a decisão de proceder ao investimento foi tomada é que [eram] pertinentes para efeitos da aplicação do critério do investidor privado [*mesmo quando], como no caso em apreço, a Comissão examina a existência de um auxílio de Estado em relação a um investimento que não lhe foi notificado e que já foi executado pelo Estado-Membro em causa no momento em que esta procede ao seu exame*» [33].

117. No n.º 41 do acórdão Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão (C-328/99 e C-399/00, EU:C:2003:252), ao apreciar o critério do investidor privado relativamente a uma operação de recapitalização que tinha sido realizada em 1994, o Tribunal de Justiça tomou em conta o resultado líquido do exercício de 1993 e o facto de que «este resultado [se inseria] num contexto de recessão económica que tinha provocado um abrandamento do crescimento, um reforço da concorrência e uma queda sensível dos preços no setor europeu da eletrónica de consumo, cujo declínio tinha começado em 1992», para concluir que um investidor privado não teria procedido às injeções de capital em questão.

30 — V., *a contrario*, decisões 2008/214; 2009/174 e 2010/690.

31 — V. n.os 79 a 82 das presentes conclusões.

32 — O sublinhado é meu. V. também, neste sentido, acórdão Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão (C-328/99 e C-399/00, EU:C:2003:252, n.º 41).

33 — O sublinhado é meu.

118. Também num contexto não associado a uma adesão, o Tribunal de Justiça anulou uma decisão da Comissão, nomeadamente porque «a Comissão [tinha feito] uma aplicação errada do critério do investidor privado em economia de mercado, na medida em que não [tinha examinado] os empréstimos e as garantias concedidas à Stardust no contexto da época em que os mesmos tiveram lugar» [34].

119. Estas considerações são também aplicáveis numa situação, como a do caso em apreço, em que a medida em questão foi concedida antes da adesão do Estado-Membro em causa à União. Com efeito, a aplicação do critério do investidor privado pela Comissão, aprovada pelo Tribunal Geral, e a análise da existência de um auxílio estatal que daí resulta, correriam o risco de se tornarem artificiais se fossem excluídos elementos pertinentes pela simples razão, como o Tribunal Geral sustentou nos n.os 68 a 70 do acórdão recorrido, de respeitarem ao período anterior à adesão.

120. Esta artificialidade consistiria em, ao aplicar o critério do investidor privado, colocar a questão de saber «se, nas condições prevalecentes na Hungria à data de adesão à União Europeia, um operador de mercado teria oferecido aos produtores uma garantia idêntica à prevista nos CAE» [35], sem tomar em conta um hipotético operador de mercado que quisesse, tal como o Estado húngaro em 1995, vender uma central elétrica cuja situação física e financeira era tal que nenhum investidor podia ter garantias suficientes de poder continuar a exercer a sua atividade e ter uma visibilidade a longo prazo dos seus investimentos, prosseguindo, simultaneamente, os objetivos da privatização expostos no n.º 5 das presentes conclusões.

121. Ora, se ao aplicar o critério do investidor privado há que levantar a questão de saber se, no momento da adesão, um hipotético operador de mercado teria agido como o Estado, não é possível excluir circunstâncias de facto pertinentes que determinaram a concessão da medida de auxílio apenas por estas serem anteriores à data de adesão, dado que isso colocaria o Estado e o hipotético operador de mercado em posições não comparáveis, o que necessariamente poderia conduzir cada um deles a opções diferentes.

122. Consequentemente, uma aplicação correta do critério do investidor privado consistiria em procurar saber o que um hipotético operador de mercado, perante a situação económica de 1995, num mercado prestes a ser liberalizado [36], teria feito em 1 de maio de 2004 para vender a Dunamenti Erőmű ao melhor preço, prosseguindo simultaneamente os mesmos objetivos de natureza económica e comercial que o Estado húngaro em 1995, a saber, garantir a segurança do abastecimento ao menor custo possível, modernizar a infraestrutura respeitando as normas de proteção ambiental em vigor e proceder à necessária restruturação do setor da distribuição de eletricidade.

123. Ao contrário do que a Comissão alegou na audiência, não considero que esta aplicação do critério do investidor privado seja contrária ao Ato de Adesão ou à vontade dos seus redatores. Com efeito, se o CAE dever ser considerado um novo auxílio, na aceção deste ato, a saber, um auxílio concedido pela primeira vez em 1 de maio de 2004, nada neste ato impede a Comissão de tomar em conta os objetivos de natureza económica e comercial que a MVM prosseguia através da concessão do CAE no momento da aplicação do referido critério.

34 — Acórdão França/Comissão (C-482/99, EU:C:2002:294, n.º 81).

35 — N.º 177 da decisão impugnada.

36 — O processo de liberalização do mercado europeu da eletricidade começou com a Diretiva 96/92, que visava a abertura à concorrência do mercado da eletricidade. Os prazos para a liberalização do mercado da eletricidade foram fixados pela Diretiva 2003/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 96/92/CE (JO L 176, p. 37), a qual devia ser transposta o mais tardar em 1 de julho de 2004, no que respeitava aos clientes não domésticos, e em 1 de julho de 2007, quanto aos clientes domésticos. Consequentemente, na data de referência, o mercado húngaro da eletricidade iria ser liberalizado.

124. Consequentemente, considero que elementos pertinentes anteriores à adesão podem ser tomados em conta ao aplicar o critério do investidor privado no momento da adesão.

125. Paradoxalmente, como já indiquei [37] e como a Dunamenti Erőmű referiu no âmbito do seu segundo fundamento, esta tese corresponde à prática da Comissão que consta, nomeadamente, das suas decisões GE Capital Bank, Postabank e PZL Hydral, em que a Comissão tomou sistematicamente em conta, ao apreciar a existência de um auxílio, circunstâncias factuais anteriores à data de referência [38], a saber, a data de adesão dos Estados-Membros em questão.

126. Refiro-me, em especial à Decisão 2009/174 no processo Postabank, que respeitava igualmente a uma medida executada pela Hungria antes da sua adesão. Nos n.os 55 e 56 desta decisão, a Comissão considerou, corretamente, em minha opinião, que «[a]o apreciar o comportamento das autoridades húngaras à luz do princípio do investidor [privado] numa economia de mercado, em 2003, [há que observar] que a Comissão não põe em causa a forma como o Postabank foi privatizado e reconhece que foi vendido ao concorrente que apresentou a proposta mais elevada, no âmbito de um concurso público concorrencial» e que «[p]orém, [...] este facto não constitui condição suficiente para excluir a existência de uma vantagem» [39].

127. Em minha opinião, este trecho representa a posição correta, a saber, a de que, numa situação como a do caso em apreço, as circunstâncias pertinentes que são anteriores à adesão devem ser tomadas em conta ao aplicar o critério do investidor privado sem que tal seja, por si só, suficiente para excluir a existência de uma vantagem.

128. Daqui resulta que, ao julgar improcedentes os argumentos da Dunamenti Erőmű relativos à não tomada em consideração pela Comissão do nexo intrínseco entre o CAE e a privatização, ao fiscalizar a aplicação do critério do investidor privado, apenas por este elemento ser anterior à data de adesão da Hungria, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito e o seu acórdão deve ser anulado a este respeito.

b) Quanto à primeira parte, relativa à própria existência de uma vantagem para a Dunamenti Erőmű decorrente de lhe ter sido concedido um CAE pela MVM que, deste modo, teria agido como investidor privado tentando maximizar o lucro gerado pela venda da Dunamenti Erőmű

129. Segundo a Dunamenti Erőmű, nem ela nem a Electrabel retiraram qualquer vantagem do CAE dado que, ao celebrar o CAE com a Dunamenti Erőmű em 10 de outubro de 1995, a MVM tinha simplesmente tentando maximizar os rendimentos da venda da Dunamenti Erőmű, como um operador privado o teria feito.

130. Este argumento não procede, dado que o facto de a Dunamenti Erőmű ter sido privatizada mediante um concurso aberto e concorrencial e de ter sido aceite a proposta mais elevada (a saber, a da Electrabel) só seriam considerações pertinentes no caso de a medida em causa, suscetível de constituir um auxílio estatal, ser a própria venda da Dunamenti Erőmű. Ora, não é isso que se passa no caso em apreço, uma vez que a medida em questão era o CAE concedido pela MVM à Dunamenti Erőmű.

37 — V. n.os 89 a 94 das presentes conclusões.

38 — V., nomeadamente, n.os 81 e 82 da Decisão 2008/214, n.º 57 da Decisão 2009/174 e os n.os 169 e seguintes da Decisão 2010/690.

39 — Não compreendo de que modo, como o Tribunal Geral entende, a decisão da Comissão no processo Postabank seria inútil neste contexto, pela única razão de respeitar a um caso específico e não ter qualquer relação com a decisão impugnada, v. acórdão Tisza Erőmű/Comissão (T-468/08, EU:T:2014:235, n.º 89).

131. Acresce que, como a Comissão afirma, a Dunamenti Erőmű confunde a existência de uma vantagem para a Electrabel, como compradora da Dunamenti Erőmű, com uma vantagem própria desta última. Com efeito, o facto de não ter havido uma vantagem para a Electrabel não exclui que tal vantagem exista para a Dunamenti Erőmű.

132. Considero também que os argumentos da Dunamenti Erőmű assentes no acórdão AceaElectrabel/Comissão (T-303/05, EU:T:2009:312), que visam demonstrar que a Electrabel e a Dunamenti Erőmű formavam uma única entidade económica, em nada alteram a análise precedente. Com efeito, mesmo que a Electrabel e a Dunamenti Erőmű fossem consideradas uma única entidade económica, isso não excluiria a existência de uma vantagem para essa entidade que teria beneficiado do CAE.

133. Consequentemente, ao julgar improcedente o argumento da Dunamenti Erőmű segundo o qual, ao conceder o CAE em questão à Dunamenti Erőmű, a MVM tinha agido como um investidor privado que tentava maximizar os lucros gerados pela venda daquela, o Tribunal Geral não cometeu um erro de direito.

c) Quanto à segunda parte, relativa à questão de saber se o auxílio deve ser recuperado junto da empresa vendida ou do vendedor, quando o preço da privatização inclui o valor do auxílio

i) Argumentação das partes

134. Segundo a Dunamenti Erőmű, ainda que lhe tenha sido concedida uma vantagem antes da sua privatização, o seu comprador reembolsou essa vantagem ao Estado húngaro, dado que o CAE estava incluído no preço pago ao Estado pelo comprador aquando da privatização da Dunamenti Erőmű mediante concurso.

135. A Dunamenti Erőmű baseia-se no n.º 78 do acórdão Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), em que o Tribunal de Justiça declarou que, «em princípio, sempre que uma sociedade beneficiária de um auxílio tenha sido vendida ao preço de mercado, o preço de venda reflete as consequências do auxílio anterior e é o vendedor da referida sociedade que conserva o benefício do auxílio. Neste caso, o restabelecimento da situação anterior deverá, em primeiro lugar, ser assegurado através do reembolso do auxílio pelo vendedor».

136. Nesta base, a Dunamenti Erőmű conclui que, dado que o CAE foi calculado no preço da privatização pago ao Estado húngaro, foi este que manteve a vantagem pelo que a Dunamenti Erőmű não podia, portanto, ser considerada beneficiária de uma vantagem proveniente de recursos estatais, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

137. A Comissão, pelo contrário, considera que a Dunamenti Erőmű confunde novamente o auxílio concedido a uma entidade adquirida (beneficiária de um auxílio) com o auxílio concedido ao comprador dessa entidade.

138. Qualificando o n.º 78 do acórdão Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) como «obiter dictum», a Comissão funda-se, pelo contrário, no n.º 81 do acórdão Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238), em que o Tribunal de Justiça, constatando que «[t]ratando-se do caso parte, a empresa que recebeu os auxílios de Estado ilegais mantém a sua personalidade jurídica e continua a exercer, para ela própria, as atividades subvencionadas pelos auxílios de Estado», declarou que é consequentemente «em princípio, esta empresa que fica com a vantagem concorrencial ligada aos referidos auxílios e, portanto, é ela que deve ser obrigada a reembolsar o montante igual ao dos auxílios. Por conseguinte, não se pode pedir que o comprador reembolse esses auxílios».

139. Segundo a Comissão, no seu acórdão Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238), o Tribunal de Justiça estabeleceu claramente uma distinção do acórdão Banks (C-390/98, EU:C:2001:456).

ii) Apreciação

– Observações preliminares

140. A título preliminar, constato que os acórdãos Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) e Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238) respeitam ambos à identificação da pessoa junto da qual o auxílio deve ser recuperado e não à da existência de um auxílio.

141. Consequentemente, embora a Dunamenti Erőmű apresente os seus argumentos no âmbito do terceiro fundamento, relativo à existência de um auxílio, constituem, na realidade, um fundamento independente que o Tribunal de Justiça deve abordar mesmo que, ao contrário do que proponho no n.º 128 das presentes conclusões, venha a declarar que o Tribunal Geral tinha razão ao julgar improcedentes os argumentos relativos à não tomada em consideração do nexo intrínseco entre o CAE e a privatização da Dunamenti Erőmű ao aplicar o critério do investidor privado.

142. Com efeito, se o Tribunal de Justiça não seguir a minha proposta, há necessariamente um auxílio que a Hungria deve eliminar e recuperar. Se, pelo contrário, o Tribunal de Justiça seguir a minha proposta, não é de modo algum de excluir que uma aplicação correta do critério do investidor privado conduza à constatação da existência de um auxílio, de igual montante ou de montante diferente.

143. Importa, consequentemente, em ambos os casos determinar se o auxílio em questão deve ser recuperado junto da empresa vendida, que é a posição da Comissão, ou do vendedor, que é a posição da Dunamenti Erőmű, sendo certo que «não se pode pedir que o comprador reembolse esses auxílios» [40] nos casos em que a empresa beneficiária do auxílio tenha sido vendida em conformidade com as condições do mercado.

– A obrigação de reembolso do auxílio deve recair sobre quem mantiver a vantagem concorrencial por ele proporcionada

144. É evidente que os acórdãos Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) e Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238) defendem posições aparentemente contraditórias. O único aspeto em que coincidem é a circunstância de não poder ser o comprador a responder pelo reembolso do auxílio [41].

145. Embora seja certo que o acórdão Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238) é posterior ao acórdão Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), foi proferido por uma secção composta por cinco juízes, ao passo que o acórdão Banks foi proferido por uma formação de onze juízes (a «grande secção» nessa altura) e foi posteriormente citado em várias ocasiões [42].

146. Como o advogado-geral A. Tizzano declarou no n.º 82 das suas conclusões no processo Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2003:354), «o Tribunal de Justiça oscila entre duas posições: a de que os auxílios devem, de qualquer modo, ser restituídos pela empresa beneficiária; e a de que, se as participações forem vendidas a um preço que reflete o valor de mercado da referida empresa após a concessão dos auxílios, estes devem ser restituídos pelo vendedor».

40 — Acórdão Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238, n.º 81). V., igualmente, acórdão Comissão/França (C-214/07, EU:C:2008:619, n.º 16).

41 — V. acórdãos Banks (C-390/98, EU:C:2001:456, n.º 77) e Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238, n.º 80).

42 — V. acórdãos Falck e Acciaierie di Bolzano/Comissão (C-74/00 P e C-75/00 P, EU:C:2002:524, n.º 180); Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão (C-328/99 e C-399/00, EU:C:2003:252, n.º 83), bem como Comissão/França (C-37/14, EU:C:2015:90, n.º 83).

147. Após o seu acórdão Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238), o Tribunal de Justiça continuou, de resto, a oscilar entre estas duas posições. Depois de ter indicado no n.º 58 do seu acórdão Comissão/França (C-214/07, EU:C:2008:619), que «[nos casos em que, tendo o beneficiário cessado a sua atividade e cedido os seus ativos], o elemento de auxílio foi avaliado ao preço de mercado e incluído no preço de compra, […] não se pode considerar que o comprador foi beneficiado relativamente aos outros operadores presentes no mercado (acórdão Alemanha/Comissão […] n.º 80)», o Tribunal de Justiça declarou, no n.º 83 do acórdão Comissão/França (C-37/14, EU:C:2015:90), que a venda do beneficiário do auxílio em condições de mercado, «mesmo admitindo que se verificou, não afeta, em si, a obrigação de recuperação, continuando o Estado-Membro em causa obrigado a proceder a tal recuperação, *consoante o caso*, junto da empresa vendida (acórdão Alemanha/Comissão, C-277/00, EU:C:2004:238, n.º 81) ou do vendedor (acórdãos Banks, C-390/98, EU:C:2001:456, n.º 78, e Falck e Acciaierie di Bolzano/Comissão, C-74/00 P e C-75/00 P, EU:C:2002:524, n.º 180)» [43], deixando novamente aberta a possibilidade de recuperar o auxílio junto do vendedor ou da empresa vendida, sem fornecer critérios de distinção para a aplicar a sua expressão «consoante o caso».

148. Para complicar ainda mais a questão, o facto de o acórdão Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238) respeitar a dois auxílios, um concedido a uma sociedade cujas ações tinham sido objeto de uma venda («share deal») e o outro a uma sociedade cujos ativos tinham sido vendidos («asset deal») [44], criou a impressão de que havia que distinguir os dois tipos de vendas.

149. Foi deste modo que, n.º 57 das suas conclusões no processo Comissão/França (C-214/07, EU:C:2008:343), a advogada-geral E. Sharpston tentou explicar a divergência entre os acórdãos Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) e Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238) pela circunstância de que «[o] acórdão […] Banks […] dizia respeito à venda de partes sociais. O caso presente diz respeito a ativos e a análise adequada é a que foi efetuada no acórdão Alemanha/Comissão. No seu acórdão, o Tribunal de Justiça adotou a abordagem constante do acórdão Banks, alterou-a para a adaptar às peculiaridades da compra de ativos em vez de partes sociais e aplicou a abordagem alterada à venda de ativos. Não vejo razão para me afastar da abordagem efetuada no acórdão Alemanha/Comissão».

150. A incerteza aumenta ainda mais se analisarmos as posições diferentes, ou mesmo contraditórias, adotadas pela Comissão nestes diferentes processos.

151. Assim, no n.º 38 da sua réplica no processo que deu origem ao acórdão Comissão/França (C-214/07, EU:C:2008:619), a Comissão «[julgava] útil recordar que, perante uma transferência de ativos (Asset deal) por oposição a uma transferência de ações (Share deal), [era] importante examinar as condições financeiras destas transações. Quando se trata de uma venda de ativos em condições normais de mercado, o Tribunal de Justiça considera que o elemento de auxílio foi avaliado ao preço de mercado e incluído no preço de compra, pelo que não se pode considerar, em princípio, que o comprador dos ativos tenha beneficiado de uma vantagem, ficando então o benefício do auxílio nas mãos do cedente».

152. Nos n.os 87 a 89 da sua petição no processo Comissão/França (C-37/14, EU:C:2015:90), a Comissão sustentava, relativamente a uma venda «da totalidade ou de parte das ações de uma sociedade beneficiária» [45], que, «[na] sequência da venda, a preço de mercado, de uma empresa beneficiária de um auxílio, importa determinar quem é o beneficiário real auxílio que deve, então, reembolsá-lo. Consoante as circunstâncias de cada caso concreto, pode tratar-se do vendedor ou da empresa vendida. Decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o auxílio deve, em princípio, ser recuperado junto da empresa vendida […]. Porém, *o Tribunal de Justiça considerou que o montante do auxílio devia ser reembolsado pelo vendedor* no caso de ter conservado a vantagem do benefício do auxílio, que teria sido incluída no preço de venda. *É o que se passa, nomeadamente,*

43 — O sublinhado é meu.

44 — V. n.os 78 e 84 do acórdão.

45 — V. n.º 85.

quando se demonstre com segurança que o preço de venda toma em conta o auxílio ilegal que está potencialmente sujeito a uma obrigação de recuperação, ou que o contrato de venda da sociedade beneficiária do auxílio prevê explicitamente que o vendedor deverá reembolsar os auxílios recebidos pela entidade vendida se os mesmos vierem a ser declarados ilegais e incompatíveis» [46].

153. A Comissão acrescentava que, «[n]ão existindo este tipo de cláusula, a maioria dos contratos de venda preveem que o vendedor garante o passivo da empresa vendida. Nesse caso, a empresa vendida deverá reembolsar o auxílio ilegal e a cláusula de garantia do passivo dará ao comprador um direito de regresso contra o vendedor. Esta questão depende, portanto, das regras contratuais aplicáveis e não se inscreve no […] processo de recuperação propriamente dito».

154. No presente processo, a Comissão sustenta [47] que o acórdão Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238) alterou o princípio enunciado no n.º 78 do acórdão Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), no sentido de que a recuperação do auxílio deve ser feita junto do beneficiário, ainda que este tenha sido vendido em condições de mercado e que o valor do auxílio estivesse incluído no preço de venda.

155. Em minha opinião, há que aproveitar o presente processo para estabelecer com clareza os princípios aplicáveis à recuperação de um auxílio numa situação em que, como no presente processo e nos processos que deram origem aos acórdãos Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão (C-328/99 e C-399/00, EU:C:2003:252), Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238) e Comissão/França (C-37/14, EU:C:2015:90), o beneficiário foi objeto de uma venda em condições de mercado e em que o preço de venda inclui o valor do auxílio.

156. Em minha opinião, e como o Tribunal de Justiça declarou no n.º 81 do acórdão Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238), é «[a] empresa que fica com a vantagem concorrencial ligada [ao auxílio] […] que deve ser obrigada a reembolsar o montante igual ao [do auxílio]». A recuperação do auxílio deve, portanto, seguir a vantagem, no sentido de que a entidade que beneficiou ou ainda beneficia da vantagem deve reembolsá-la, independentemente de ter havido uma venda de ativos ou uma venda de ações e isto pelas razões que se seguem.

157. Em primeiro lugar, os factos do presente processo, a saber, a concessão de um auxílio a uma sociedade seguida da sua privatização imediata, demonstram que o princípio enunciado no n.º 78 do acórdão Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), segundo o qual o auxílio deve ser recuperado junto do vendedor, abre a porta à impunidade de um abuso do direito dos auxílios estatais, na medida em que permite aos Estados-Membros conceder auxílios a empresas estatais sabendo que, ainda que o auxílio deva eventualmente vir a ser eliminado no futuro, a privatização permitirá a tais empresas manter a vantagem histórica acumulada até ao momento da sua supressão.

158. Em segundo lugar, «se a empresa que recebeu um auxílio não for dissolvida e permanecer no mercado, a distorção da concorrência provocada pelo auxílio pode ser eliminada (ou pelo menos atenuada) apenas fazendo incumbir a obrigação de restituição a essa empresa; só desse modo é que a mesma efetivamente 'perde [...] a vantagem de que tinha beneficiado no mercado relativamente aos seus concorrentes, e a situação anterior à concessão do auxílio é reposta' [acórdão Comissão/Itália (C-348/93, EU:C:1995:95, n.º 27). No mesmo sentido, v. igualmente acórdão Espanha/Comissão (C-480/98, EU:C:2000:559, n.º 35)]» [48].

159. Em terceiro lugar, «se é verdade que [o vendedor das] participações da empresa beneficiária a um preço que reflete o seu valor de mercado após a concessão dos auxílios se prevalece da reavaliação da empresa, não deixa de ser evidente que essa eventual vantagem não afasta a vantagem obtida pela empresa beneficiária relativamente aos seus concorrentes. E é precisamente esta vantagem que

46 — O sublinhado é meu.

47 — V. n.os 137 a 139 das presentes conclusões.

48 — V. n.º 83 das conclusões do advogado-geral Tizzano no processo Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2003:354).

determina as distorções da concorrência e que é necessário eliminar com a recuperação dos auxílios, enquanto a vantagem financeira decorrente da venda das participações pode mesmo não influir no funcionamento concorrencial dos mercados, porque não se diz que quem vende as participações seja um operador económico» [49].

160. Por fim, «[a]tese contrária, segundo a qual em circunstâncias especiais os auxílios devem ser recuperados junto do vendedor, cria, com efeito, uma certa insegurança, porque frequentemente é difícil determinar se o preço de venda reflete plenamente o valor de mercado da empresa beneficiária após a concessão dos auxílios e não prevê minimamente o risco de que essa empresa seja chamada a restituir pelo menos em parte os referidos auxílios» [50].

161. Por estas razões, quando «a empresa que recebeu os auxílios de Estado ilegais mantém a sua personalidade jurídica e continua a exercer, para ela própria, as atividades subvencionadas pelos auxílios de Estado […], é, em princípio, esta empresa que fica com a vantagem concorrencial ligada aos referidos auxílios e, portanto, é ela que deve ser obrigada a reembolsar o montante igual ao dos auxílios» [51].

162. O princípio é, portanto, o de que o auxílio deve ser recuperado junto da empresa vendida, neste caso a Dunamenti Erőmű, e não do vendedor, neste caso a MVM ou o Estado húngaro.

163. Importa acrescentar que, como o Tribunal de Justiça indicou nos n.os 84 a 97 do acórdão Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238), a regra segundo a qual quem fica com a vantagem concorrencial associada ao auxílio deve reembolsá-lo é também aplicável a uma situação em que, em resultado de uma venda de ativos ou de outra transação, o beneficiário ficou esvaziado do todos os seus ativos, com o objetivo ou com a consequência de impossibilitar a recuperação do auxílio (o que não é o caso no presente processo), mas em que a atividade desse beneficiário foi retomada por outra empresa que, por ter ficado com a vantagem concorrencial, deverá reembolsar o auxílio [52]. Caso contrário, ou seja, quando o beneficiário tenha cessado a sua atividade sem que outra empresa a tenha retomado, haveria, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma impossibilidade absoluta de recuperação [53].

164. A este respeito, importa recordar que, apesar de, no n.º 81 do acórdão Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238), o Tribunal de Justiça parecer distinguir os beneficiários consoante tenham ou não mantido a sua personalidade jurídica [54], o artigo 107.º TFUE, tal como as disposições do Tratado sobre a concorrência, referem-se a empresas («undertakings») e não a sociedades com personalidade jurídica.

165. Neste sentido, como o Tribunal de Justiça declarou no n.º 43 do acórdão ETI e o. (C-280/06, EU:C:2007:775) relativamente às infrações ao direito da concorrência, «as formas jurídicas respetivas da entidade que cometeu uma infração e do seu sucessor não têm pertinência. A aplicação a esse sucessor da sanção pela infração não pode, pois, ser excluída pelo simples facto de, como nos processos principais, este ter um outro estatuto jurídico e operar de acordo com modalidades diferentes das da entidade a que sucedeu».

49 — *Ibidem* (n.º 84).

50 — *Ibidem* (n.º 85).

51 — Acórdão Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238, n.º 80).

52 — V., neste sentido, acórdãos Alemanha/Comissão (C-277/00, EU:C:2004:238, n.os 86 a 97); Comissão/França (C-214/07, EU:C:2008:619, n.º 58); e Comissão/Espanha (C-610/10, EU:C:2012:781, n.º 104).

53 — V. acórdãos Comissão/Itália (C-454/09, EU:C:2011:650, n.º 36), e Comissão/Espanha (C-610/10, EU:C:2012:781, n.º 104).

54 — Esta distinção é também retomada no acórdão Comissão/França (C-214/07, EU:C:2008:619, n.os 48 e 55).

166. Consequentemente, o princípio segundo o qual a obrigação de reembolso do auxílio recai sobre *a empresa* que fica com a vantagem concorrencial a ele associada permite a recuperação do auxílio junto da empresa que retomou as atividades subvencionadas pelo Estado.

– Aplicação ao presente processo

167. No caso em apreço, sendo a vantagem em questão o CAE, foi a Dunamenti Erőmű que dele beneficiou e que ficou com a vantagem concorrencial gerada pelo referido CAE, a saber, preços de venda de eletricidade garantidos a longo prazo. Consequentemente, é a Dunamenti Erőmű que deve reembolsar o auxílio ao Estado.

168. De resto, seria absurdo supor, por um lado, que a vantagem se encontra nas mãos da Dunamenti Erőmű, porque o CAE faz parte do seu património mas, por outro, que o Estado-vendedor tinha beneficiado do auxílio. É, evidentemente, impossível eliminar a vantagem nas mãos de uma empresa e imaginar que a vantagem concorrencial se manteria noutro local, sobretudo quando, no caso em apreço, era o CAE que falseava a concorrência e quase impossibilitava a liberalização do mercado húngaro da eletricidade, tornando mais cara a entrada de novos participantes.

169. É certo que esta conclusão pode levar a uma situação em que a Hungria deva, como já o fez, eliminar o CAE mas conservando o preço pago pelo comprador e que integrava o valor do auxílio, ao passo que a Dunamenti Erőmű deve reembolsar ao Estado o valor desse auxílio.

170. Todavia, como a Comissão afirma na sua petição no processo que deu origem ao acórdão Comissão/França (C-37/14, EU:C:2015:90), «esta questão depende […] das regras contratuais aplicáveis e não se inscreve no […] processo de recuperação [dos auxílios]». Com efeito, «a maioria dos contratos de venda preveem que o vendedor garante o passivo da empresa vendida. Nesse caso, a empresa vendida deverá reembolsar o auxílio ilegal e a cláusula de garantia do passivo dará ao comprador um direito de regresso contra o vendedor».

171. No caso em apreço, além destes vínculos contratuais com o Estado húngaro, a Electrabel beneficia também das garantias do Tratado da Carta da Energia que lhe permitem exigir, como o fez, o reembolso *integral* dos custos ociosos, junto de um Tribunal arbitral CIRDI[55].

iii) Conclusão

172. O Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao recusar-se a analisar os argumentos da Dunamenti Erőmű associados à recuperação do eventual auxílio.

173. Todavia, se o Tribunal de Justiça partilhar, quanto ao mérito, da minha conclusão quanto à segunda parte do terceiro fundamento, haverá que constatar que a solução adotada pelo Tribunal Geral (e pela Comissão) faz recair sobre a Dunamenti Erőmű a obrigação de reembolsar o auxílio e que, consequentemente, o acórdão recorrido não deveria ser anulado quanto a este aspeto.

VI – **Efeitos da anulação**

174. Dado que, no n.º 128 das presentes conclusões, concluí que o Tribunal Geral tinha cometido um erro de direito e que o acórdão recorrido devia ser anulado, importa analisar os efeitos desta anulação.

55 — V. n.os 23 a 25 das presentes conclusões.

175. Nos termos do artigo 61.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, em caso de anulação do acórdão do Tribunal Geral «[o Tribunal de Justiça] pode […] decidir definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado, ou remeter o processo ao Tribunal Geral, para julgamento». Há que determinar se o litígio está em condições de ser julgado.

176. Um litígio está em condições de ser julgado quando o Tribunal de Justiça dispõe de todos os elementos necessários para aí se pronunciar [56].

177. Como já expliquei no n.º 122 das presentes conclusões, a aplicação correta do critério do investidor privado consistiria em procurar saber o que um hipotético operador de mercado, perante a situação económica de 1995, num mercado prestes a ser liberalizado, teria feito em 1 de maio de 2004 para vender a Dunamenti Erőmű ao melhor preço, prosseguindo simultaneamente os mesmos objetivos de natureza económica e comercial que o Estado húngaro em 1995, a saber, garantir a segurança do abastecimento ao menor custo possível, modernizar a infraestrutura respeitando as normas de proteção ambiental em vigor e proceder à necessária restruturação do setor da distribuição de eletricidade.

178. Uma aplicação correta do critério do investidor privado implica incontestavelmente uma apreciação económica complexa. Ora, segundo jurisprudência constante, «a análise pela Comissão da questão de saber se uma determinada medida pode qualificar-se de auxílio de Estado, porque o Estado não agiu como um operador económico normal, implica uma apreciação económica complexa. Quando adota um ato que implica tais apreciações, a Comissão goza de um amplo poder de apreciação e o controlo jurisdicional do referido ato deve limitar-se […] à verificação do respeito das regras processuais e de fundamentação, da exatidão material dos factos tidos em conta para proceder à escolha contestada, da inexistência de erro manifesto na apreciação destes factos ou da inexistência de desvio de poder. Em especial, não compete [aos órgãos jurisdicionais da União] substituir a apreciação da Comissão, no plano económico, pela sua» [57].

179. Na medida em que a aplicação correta do critério do investidor privado não incumbe ao Tribunal Geral, a anulação do acórdão recorrido implica a anulação da decisão da Comissão na medida em que respeita à Dunamenti Erőmű.

180. No caso em apreço, o erro de direito consiste na não tomada em consideração pela Comissão dos elementos pertinentes ao aplicar o critério do investidor privado, não tendo essa falta de tomada em consideração sido posta em causa pelo Tribunal Geral.

181. A terceira parte do terceiro fundamento é, portanto, procedente, o que deve implicar a anulação da decisão impugnada no que respeita à Dunamenti Erőmű.

VII – **Quanto às despesas**

182. Por força do disposto no artigo 184.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, se o recurso for julgado procedente e o Tribunal de Justiça decidir definitivamente o litígio, decidirá igualmente sobre as despesas.

56 — V., nomeadamente, acórdãos Chronopost e La Poste/UFEX e o. (C-341/06 P e C-342/06 P, EU:C:2008:375, n.º 134), e Espanha/Comissão (C-513/13 P, EU:C:2014:2412, n.º 42).

57 — V. despacho DSG/Comissão (C-323/00 P, EU:C:2002:260, n.º 43). V. também, neste sentido, acórdãos Espanha/Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698, n.º 57); GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 163); Comissão/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, n.ºs 64 a 66); Ryanair/Comissão (T-196/04, EU:T:2008:585, n.º 41); e Budapesti Erőmű/Comissão (T-80/06 e T-182/09, EU:T:2012:65, n.ºs 65 e 66).

183. Nos termos do artigo 138.º, n.º 1, do mesmo regulamento, aplicável ao processo de recurso de decisão do Tribunal Geral por força do seu artigo 184.º, n.º 1, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

184. Tendo a Comissão sido vencida no presente recurso e tendo a recorrente pedido a sua condenação, cabe condená-la a suportar, além das suas próprias despesas, a totalidade das despesas incorridas pela recorrente, tanto em primeira instância como no presente recurso.

VIII – **Conclusão**

185. Atendendo às considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que decida do seguinte modo:

1) O acórdão Dunamenti Erőmű/Comissão (T-179/09, EU:T:2014:236) é anulado na parte em que o Tribunal Geral se recusou a tomar em conta o nexo intrínseco entre os contratos de aquisição de eletricidade e a privatização, ao fiscalizar a aplicação do critério do investidor privado, apenas por este elemento ser anterior à data de adesão da Hungria.

2) A Decisão 2009/609/CE da Comissão, de 4 de junho de 2008, relativa ao Auxílio Estatal C 41/05 concedido pela Hungria através de contratos de aquisição de energia, é anulada na parte respeitante à Dunamenti Erőmű.

3) A Comissão Europeia é condenada nas despesas, tanto da primeira instância como do recurso.